

Recurso Extraordinario Restitucion Internacional De Menores Interes Superior Del Nino Consentimiento Del Progenitor Cambio De Residencia

JURISPRUDENCIA

Recurso extraordinario. Restitución internacional de menores. Interés

superior del niño. Consentimiento del progenitor. Cambio de residencia Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda de restitución internacional de un menor, al concluirse que no se había demostrado de modo inequívoco que la República Argentina constituyera el destino que sus progenitores fijaron -de común acuerdo- para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual. Es que aun cuando pudiera verificarse tácitamente la existencia de consentimiento o de anuencia con posterioridad al traslado o retención, esta debía ser inequívoca. Buenos Aires, once de

septiembre de 2018 Vistos los autos: "G. A., D. I. c/ M., J. s/ restitución internacional de menores (vigente hasta 31/7/2015)".

Considerando: 1°) Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, con exclusión del último párrafo del punto VIII. Por lo tanto, a fin de evitar reiteraciones innecesarias y en razón de brevedad, se remite a sus términos con el alcance indicado. 2°) Que el hecho de que el padre se encuentre residiendo en nuestro país no permite modificar la decisión a la que se arriba mediante este pronunciamiento. Ello así pues, por un lado, la documentación agregada por ambas partes da cuenta que se trata de una residencia temporaria o permanencia transitoria y, por el otro, el recurrente así también lo destaca a fs. 356/359 señalando expresamente que ha "decidido intentar permanecer junto a [su] hijo, temporariamente, hasta que este proceso judicial se resuelva" y a que no desiste de su reclamo de restitución. Por tanto, no cabe considerar abstracto el recurso como lo pretende la demandada a fs. 346, correspondiendo desestimar el planteo que allí se formula.

3°) Que, en tales condiciones y teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del CH 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y que este se resguarda -esencialmente- con "una solución de urgencia y provisoria" que cese la vía de hecho (Fallos: 328:4511; 333:604; 335:1559; 336:638), esta Corte estima pertinente revocar la decisión impugnada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, hacer lugar a la demanda de restitución. 4°) Que con el objeto señalado, corresponde exhortar al juez de grado a extremar las medidas a su alcance a fin de procurar que el retorno del niño I. G. M. se cumpla en forma urgente, sin que una eventual negativa de la madre a acompañar a su hijo obste a su cumplimiento desde que el magistrado podrá adoptar las diligencias que estime pertinentes para lograr el regreso seguro del menor a su residencia habitual. Asimismo, se exhorta a la Autoridad Central del Estado Argentino -Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto- para que adopte las medidas necesarias dentro de su competencia, a los fines de hacer efectiva la restitución de forma inmediata y segura (conf. art. 7°, incs. b, g, h, i CH 1980). Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, en lo pertinente, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se exhorta al juzgado de familia interviniente en la causa y a los padres del menor, en la forma indicada en el considerando 4° del presente y en el segundo párrafo del punto VIII del dictamen, respectivamente.

Comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina, notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO JUAN CARLOS MAQUEDA HORACIO ROSATTI CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Suprema Corte: -I- La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la denegatoria de la restitución internacional a la República del Perú, promovida por el progenitor de I.G.M., en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (fs. 226/230 y 266/267). Con remisión a lo dictaminado por los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa (fs. 255/258 y 260/264), la Sala tuvo por acreditado que la pareja intentó ubicarse laboralmente en este país, inscribió a su hijo en un jardín de infantes de esta ciudad y trasladó a su mascota a la Argentina, por lo que dedujo que el viaje realizado a la Argentina no era de carácter temporario. Asimismo, juzgó que la autorización otorgada en agosto de 2016 por el Sr. G.A. y su esposa, para que el niño pudiera viajar al Perú hasta su mayoría de edad, en cualquier momento, y con cualquiera de sus progenitores, implicó la admisión por parte de este último de la situación de hecho originada al vencimiento del permiso oportunamente conferido para viajar a la Argentina, entre el 14 y el 29 de julio de 2016. A su vez, afirmó que habían existido conversaciones previas entre los cónyuges, con el común propósito de mudar su domicilio a este país, en busca de solucionar la problemática familiar generada por el desempleo del Sr. G.A. en Perú, las dolencias de salud que afectaban a la Sra. M. y las desavenencias surgidas entre esta última y su suegra. Concluyó que el cambio de parecer del padre no convierte en ilícita la

permanencia de I. en Argentina puesto que, conforme a lo dispuesto por el artículo 11, inciso a, de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, no hay ilicitud si el requirente consiente el desplazamiento, o presta su anuencia posterior al traslado o retención del niño, tal como quedó probado en la especie. -II- Contra esa sentencia, el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 274/290) que, una vez contestado (fs. 301/313), fue rechazado por el a quo en cuanto a la arbitrariedad invocada y concedido en la medida de la existencia de materia federal (fs. 320/321). En lo sustancial, impugna el análisis efectuado por la cámara para sustentar su decisión, por no guardar correspondencia con los hechos de la causa y ser contrario a las previsiones de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Señala que, según la doctrina de la Corte Suprema, la residencia habitual del niño no puede ser alterada por uno de los padres en fraude a los derechos del otro o por vías de hecho. Por ende, no puede adquirirse a partir de una retención ilícita. Sostiene que, para tener por acreditado el cambio de la residencia habitual, tiene que existir una decisión común de ambos progenitores, y que la voluntad positiva del requirente debe probarse en forma inequívoca, sin dejar subsistente ninguna duda al respecto. Recuerda que las excepciones convencionales deben interpretarse restrictivamente y que la carga de la prueba reposa sobre la persona que llevó a cabo el traslado o retención. Subraya que para tener por configurada la aquiescencia paterna no basta una comunicación informal, ni cualquier hecho de mediana trascendencia. Agrega que ésta tampoco puede confundirse con las negociaciones para la restitución voluntaria, ni con la conformidad para prolongar un viaje o para que se completen estudios en el extranjero. De tal manera, insiste en que debió desplegarse una conducta indubitable de su parte, que no puede inferirse como hipótesis, tal como ocurrió en autos, sino que ha de ser acreditada con la contundencia y estrictez que reclama la normativa convencional. Aduce que visitó el país en agosto de 2016, por algunas semanas y regresó a su tierra natal. Explica que la única informativa producida por su contraria sobre el punto demuestra que no requirió empleo en la República, desmintiendo así a la prueba testimonial. Estima que la conducta procesal omisa de la Sra. M. debió tomarse como elemento de convicción, puesto que no libró el restante oficio dirigido a la empresa que, supuestamente, emplearía al actor en Rosario. Plantea que si el proyecto familiar consistía en radicarse en Argentina, la ficha de admisión, fechada en agosto de 2016 y presentada por ambas partes en el colegio Belgrano Uno, no debería indicar como motivo de ingreso el tratamiento de la madre sino la mudanza desde Perú. Reflexiona también acerca del sentido de la inscripción en dicho establecimiento, acotada al resto del ciclo 2016 y llevada a cabo en Buenos Aires, sin haberse asegurado la vacante con tiempo, como punto de partida para reorganizar la vida familiar en nuestro país. Observa que en 2016 el niño era alumno regular en Lima y que en el mes de agosto de ese año el padre abonó allí la matrícula escolar para el año 2017, en vez de hacerlo en un colegio porteño. Afirma que este hecho contradice a la prueba testimonial que, en esa misma época, ubica a la pareja instalada con su hijo en Argentina. Relata que su esposa e hijo vinieron a Buenos Aires por quince días y, estando aquí, la Sra. M. le hizo saber que prolongaría la estadía dado su cuadro de estrés. Añade que frente a esa situación, en el mes de agosto aceptó que se aplazara transitoriamente el retorno y, mientras tanto, habilitó que el niño concurriera a un jardín de infantes. Sin embargo, apunta que cuando viajó en el mes de diciembre, advertido de que las razones de su esposa para seguir en el país excedían los motivos de salud, pues su real objetivo era quedarse a vivir en esta ciudad, se opuso de inmediato e inició el procedimiento de restitución internacional. Aclara que la autorización de viaje fechada en agosto de 2016 fue firmada en el marco de la negociación con la Sra. M., para asegurar la vuelta al Perú, ya que el permiso anterior estaba vencido. Enfatiza que nunca inició ningún trámite tendiente a la radicación en Argentina. Sobre tales ejes centrales, concluye que no puede sino decidirse que la última residencia habitual y consensuada de la familia se ubica en la República del Perú. -III- El recurso es formalmente procedente, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia y aplicación de instrumentos internacionales que regulan la restitución transnacional de personas menores de edad y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en sus cláusulas (art. 14, inc. 3, de la ley 48). Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida y la conexión inescindible de algunos aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, hacen razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción. -IV- En autos no se encuentra controvertido que la pareja conformada por J.M., de nacionalidad argentina, y D.I.G.A., natural de la República del Perú, se estableció en este último país, domicilio que perduró después de contraer matrimonio (v. fs. 115 vta., puntos 1 a 3). Tampoco se debate que, con fecha 30 de mayo de 2012 nació su hijo, I.G.M., quien habitó ininterrumpidamente junto a los padres en su ciudad natal (Lima), hasta el 14 de julio de 2016, fecha en la cual la Sra. M. lo trajo al país, utilizando un permiso de salida con vencimiento el día 29 de ese mismo mes y año (fs. 16, 41 y 115 vta., punto 4). Está igualmente aceptado que, hasta ese momento, las partes convivían y la vida familiar se desarrollaba en la ciudad de Lima, de manera que -según la ley peruana- la elección del domicilio del hijo menor de edad, requería de la voluntad concurrente de ambos padres, quienes ostentaban conjuntamente el ejercicio de la responsabilidad parental. En ese mismo sentido, la salida del país exigía la autorización de ambos progenitores (arts. 74 y 111 del Código de los Niños y Adolescentes del Perú; v. fs. 37/40). Finalmente, no está en tela de juicio que el Sr. G.A. inició el pedido de restitución antes de cumplirse el año del

desplazamiento (fs. 13 y 55/56). -V- Ante todo, cabe señalar que el caso está regido por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la ley 25.358 y ratificada el 15 de febrero de 2001 (art. 34). Sin embargo, procede aplicar los criterios generales elaborados en torno al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, aprobado por ley 23.857 y ratificado el 1 de junio de 1991, en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños se alinea la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Fallos: 334:1287, ?F.R.?, por remisión al dictamen de esta Procuración General). En ese contexto, la cuestión a dilucidar es si la Sra M. logró acreditar, con arreglo al marco convencional, que contó con el consentimiento previo del padre, o con la anuencia posterior al traslado del niño a la República Argentina, en términos que autoricen a denegar la restitución. -VI- Los mecanismos internacionales de restitución operan siempre que el traslado o la retención del hijo menor merezcan la calificación de ilícitos, extremo que se tipifica cuando la salida del país de residencia habitual hacia otro Estado contratante o la permanencia en este último, se producen ?en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres (...) inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor? (art. 4, CIDIP IV; y art. 3, Convenio de La Haya, en sentido similar). Verificada la ilegalidad del traslado o la retención -que, en principio habilita el regreso inmediato de las niñas y niños frente a procedimientos judiciales iniciados dentro del plazo de un año (art. 14, CIDIP IV y 12, Convenio de La Haya)- los países signatarios solo podrán denegar el requerimiento si se configura alguna de las hipótesis de excepción. Al respecto, en lo que aquí interesa, el artículo 11, inciso a, de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores establece que ?[I]a autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención? (v. asimismo art. 13.a, Convenio de la Haya). Al comentar el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera -ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio, por encargo del 14° período de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-, señala que ?en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal (párr. 71). La experta expresó también que ?la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual? (párr. 108). En línea con los parámetros reseñados, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la persona respecto de la cual se alega que ha retenido al niño tiene la carga de demostrar la concurrencia de los supuestos de excepción, entre ellos, la conformidad del titular de la solicitud de restitución con relación al cambio de residencia. A su vez, ha remarcado que ?a fin de realizar dicho análisis debe tenerse en cuenta que el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio?, destacando también ?el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa? (Fallos: 333:2396, ?R.?, considerando 12°; en sentido similar Fallos: 333:604, ?B.?, 334:913, ?V.?, 334-1287, ?F.R.?, 334:1445, ?W.?, 335:1559, ?G.?, 336:458, ?F.?, 336:849, ?S.?, todos por remisión al dictamen de esta Procuración General). Del mismo modo, es jurisprudencia constante de esa Corte que, aun cuando pueden verificarse tácitamente, la existencia de consentimiento o de anuencia con posterioridad al traslado o retención, debe ser inequívoca (Fallos: 333:604, 2396; 334:1287 y 336:458 op. cit.). En tal sentido, en sucesivas oportunidades, esta Procuración General y ese máximo tribunal han manifestado que la anuencia sobreviniente debe ser concluyente y que debe ?demostrarse cabalmente que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual? (del dictamen de la Procuración General de la Nación, a cuyos fundamentos se remitió la Corte Suprema en Fallos: 334:1445, ?W.?). Además, se expresó que ?la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre? sobre la voluntad del solicitante de la restitución, y que no basta un panorama de ambigüedad sino que debe existir una ?clara intención compartida? de modificar esa residencia (dictamen de esta Procuración General a cuyos fundamentos se remitió la Corte en Fallos: 334:1445 op. cit.; en sentido coincidente, Fallos: 334:1287 op. cit.). Es decir, la voluntad debe ser declarada de modo ostensible, no puede consistir en simples comentarios genéricos, obedecer a gestiones de buena voluntad o aludir a una estadía transitoria. En esa línea, la Corte Suprema ha interpretado que un email remitido por un padre, en el que aparentemente manifestaba su voluntad de que la progenitora y su hijo se quedasen en la República Argentina, no constituía un supuesto de ?conformidad posterior? en los términos convencionales, a la luz de la actitud de celeridad y premura que había asumido aquél, tanto

en la tramitación de la restitución como para obtener el dictado de medidas cautelares que le permitiesen mantener encuentros con el niño (Fallos: 333:2396, op. cit.). Por su parte, en ?G.J.D?, esta Procuración entendió que se había configurado la excepción de consentimiento paterno porque la voluntad de autorizar la residencia en Argentina había sido declarada de manera personal y clara ante la dependencia consular argentina en París y que la manifestación no era ?ambigua?, no podía ?categorizarse como un simple comentario genérico o una gestión de buena voluntad?, ni aludía a una ?estadía tenida por transitoria? (causa CIV 35893/2011/2/RH1, dictamen del 15 de junio de 2016).

-VII- En este marco, entiendo que, en el sub lite, no se ha demostrado de modo inequívoco que la República Argentina constituyera el destino que las partes fijaron, de común acuerdo, para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual. De la prueba documental obrante en la causa, surge que existió una autorización de viaje otorgada por el padre, temporalmente acotada, del 14 al 29 de julio de 2016. Luego, en agosto de 2016, ambas partes confeccionaron una nueva autorización, por instrumento público, para que I. pudiera viajar a Perú, sin límite temporal, en la que sindicaron como domicilio propio y de su hijo la ciudad de Lima. Asimismo, la inscripción en el establecimiento escolar Belgrano Uno, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no resulta determinante del consentimiento paterno pues en el formulario de ingreso ambos padres indicaron expresamente que el motivo del cambio de establecimiento, era el ?tratamiento de salud de la madre?, sin mencionar que la familia se encontraba instalándose en Buenos Aires (fs. 109). A su vez, no resulta inverosímil la explicación que proporciona el Sr. G.A., en cuanto a que, al no producirse el regreso de su esposa e hijo, viajó a Buenos Aires para interesarse por su familia y, ante los problemas de salud que aquejaban a su esposa, decidió aceptar la prolongación de la espera. Mientras tanto, extendió un nuevo permiso de viaje para sortear cualquier inconveniente migratorio derivado del vencimiento de la autorización anterior, de manera que el niño pudiera regresar a Perú; y que prestó su asentimiento para que el niño concurriera a un establecimiento educativo durante esos meses, sin desistir de la inscripción que había hecho para el siguiente ciclo 2017, en una escuela limeña. Es decir, se brindó una autorización para una estadía de carácter transitorio. Conjuntamente, considero que no se ha logrado establecer que las eventuales conversaciones en torno a la posible mudanza del grupo familiar a la Argentina, hayan pasado de tales para adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante. Si bien los correos electrónicos agregados en copia a fs. 91/95, así como la prueba testimonial producida a fs. 162/165 y ofrecida por la señora M. -la que, conforme a la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, acápite 6.5.2, tienen menor valor probatorio-, pueden suscitar interrogantes, la ponderación de la totalidad de los elementos de juicio glosados a la causa no pueden tenerse por decisivos en uno u otro sentido. Por el contrario, solo se ha bosquejado un panorama impreciso mientras que, como se adelantó, en la lógica convencional, la prueba de la voluntad de aceptar el cambio del lugar de residencia debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un profundo nivel de certidumbre, de rasgos inequívocos. En suma, dado que el consentimiento ulterior, previsto en el artículo 11, inciso a, de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores debe verificarse de modo indubitable, estimo que en el presente caso no es posible derivar una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia de la conformidad del progenitor para el cambio de residencia, quien, por lo demás, firmó la pertinente solicitud de devolución el 9 de febrero de 2017, es decir, con razonable celeridad. Estas circunstancias, tornan operativo el mecanismo restitutorio.

-VIII- Finalmente, considero oportuno recordar que en el presente procedimiento no se juzga sobre los méritos de la guarda (art. 16, CIDIP IV, art.19, Convenio de la Haya) ni se pretende alterarla. Por otra parte, estimo prudente reiterar la preocupación puesta de manifiesto en casos anteriores, haciendo extensiva la recomendación de que ambos padres recurran a la asistencia profesional en el área de la salud, sostengan a su hijo con el mayor de los equilibrios y den pronto cumplimiento a la restitución, con una actitud de acompañamiento. En esa misma línea, considero que la autoridad central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectorios, y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el retorno como el proceso de readaptación en territorio peruano, transcurran junto a la madre, del modo más respetuoso a la condición personal de I. y a la especial vulnerabilidad propia de las etapa vital por la que atraviesa (art. 2642 CCyCN; Fallos: 334:1287, 1445, 335:1559, 336:97 y 336:849 op. cit.; y Fallos: 339:609, ?E.?, entre otros).

-IX- Por consiguiente, dado que los antecedentes que tengo a la vista no autorizan a rehusar la restitución internacional, opino que esa Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 26 de febrero de 2018.

VÍCTOR ABRAMOVICH ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa Procuración General de la Nación Correlaciones: Scotti, Luciana B., EL DERECHO A SER OÍDO, LA AUTONOMÍA PROGRESIVA Y LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, página 866, Octubre 2017 - Cita digital IUSDC285476A

031493E